

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DELITOS VINCULADOS A LA FUNCIÓN NOTARIAL

SEGUNDA PARTE(*) (234)

OSCAR E. F. GAGLIARDI

SUMARIO

EXTORSIÓN. - Suscripción o destrucción de documentos. - Imputaciones contra el honor o violación de secretos. - QUEBRADOS Y OTROS DEUDORES PUNIBLES. - Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas. - No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa. - Concediendo ventajas indebidas a cualquier acreedor. - QUIEBRA CULPOSA. - Gastos excesivos con relación al capital y al número de su familia. - Especulaciones ruinosas, juego, abandono, etc. - QUIEBRA IMPROPIA. - CONCURSO CIVIL FRAUDULENTO. - COLUSIÓN. - USURPACIÓN. - Despojo. - Violencia. - Engaño. - Abuso de confianza. - Clandestinidad. - Esfera de custodia o de poder. Teoría. - Posesión tenencia, cuasi - posesión. - Tenencia. - Cuasi - posesión. - El artículo 2470 del Código Civil. - Artículo 181, inc. 2º del Código Penal. Destrucción de términos. - Turbación de la posesión. Art. 181, Cód. Penal, último párrafo.

EXTORSIÓN

El delito de extorsión interesa en cuanto, por la índole de las funciones que el notario ejerce, puede ser cometido en su perjuicio, tomándose en cuenta uno de los aspectos de su modalidad de concreción - "chantaje" - , circunstancias que en acontecimientos de gran repercusión para el grupo notarial tuvieron oportunidad de evidenciarse.

Se trata de una figura cuya tipificación ofrece aristas confusas, por su rozamiento limítrofe con otras del esquema legal, pero que a poco que se profundice en sus características aparece con relieves definidos, sin ofrecer dificultades de calificación.

La extorsión está ubicada en el código de la materia entre los delitos que atentan contra el patrimonio. Este es un índice que no debe perderse de vista en la configuración, pues vale como criterio diferenciativo para lograr la adecuación de la conducta que va a ser captada por la norma penal.

En algunos momentos del curso histórico de estos hechos la legislación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los tuvo como atentatorios de otros bienes jurídicos por ella protegidos, que no eran precisamente el patrimonio individual, teniéndose como infracciones lesivas de la libertad o de las garantías personales.

Es cierto, como ya lo veremos, que en el camino del extorsionador existen acciones que influyen en el libre arbitrio del extorsionado, pero ello debe consignarse como una forma de lograr la finalidad que se ha propuesto, o sea la obtención de un beneficio ilícito, a través de una coacción que induce a quien la soporta a efectuar un acto de disposición que de otra manera no hubiera llevado a cabo.

Soler(113)(235) propone una acertada definición que expresa así: "Es un atentado a la propiedad, cometido mediante una ofensa a la libertad".

El hecho de que aparezca como principal medio extorsivo la "simulación de autoridad" o la invocación de una "falsa orden de la misma", está indicando la influencia que en determinado momento tuvo el poder de la autoridad, recayendo en el ánimo del común de la gente.

El art. 168 C. P. establece: "Será reprimido con reclusión o prisión de 2 a 8 años, el que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos. Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia, obligue a otros a suscribir o a destruir documentos de obligación o de crédito".

Es evidente que en la esencia de las formas comisivas aludidas por la ley, campea con neta delineación influyente el temor que se intenta insuflar en el ánimo del coaccionado.

La primera parte de la disposición (intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma) trata la exteriorización de una violencia, de una opresión puramente moral y no física, a que se somete al sujeto pasivo; presión que como ya dijéramos, gravita espiritualmente y no en forma material, lo cual se erige en una modalidad especial y típica de este aspecto del delito, a diferencia de la que se emplea en el acto del robo, en que la violencia es efectiva, directa e inmediata.

Los medios perpetrativos determinados en el precepto legal constituyen una descripción a las que en estas figuras se ajusta la conducta del agente. La intimidación es una forma de llegar al ánimo de la persona elegida, a quien, mediante amenazas, se coloca en la alternativa de sufrir un daño, un mal que le resultará gravoso, directamente a él o a otra persona de su afecto o relación.

El medio indicado ha de ser apto, ha de resultar idóneo. González Roura(114)(236) define así la extorsión, con carácter general: "Consiste en procurarse indebidamente una ventaja patrimonial, con perjuicio de otro, colocando a la víctima en un dilema, uno de cuyos términos es el perjuicio que ella o un tercero ha de sufrir y el otro el daño que en caso contrario, a ella o a una persona de su familia, ha de depararle".

La situación en que se coloque al extorsionado no se requiere que sea la de sufrir un mal insoportable, inminente y de entidad considerable, sino de temor cierto, que le enfrente con una disyuntiva, según así lo estima

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el autor nombrado(115)(237).

Se trata de hacerle ejecutar a la víctima, como dice Gómez(116)(238), un "acto que no habría realizado de no mediar la intimidación, por cuya influencia obró". Por ello, se entiende que no debe equipararse la situación que se le plantea al extorsionado, con la que resuelve el inc. 2º del art. 34 C. P. cuando esa norma declara "inimputable" a quien obró violentado con amenazas de sufrir "un mal grave e inminente". La causa motivante de ese obrar es considerada por la ley como de justificación, y por ello se exime de pena al autor de un delito. Es una situación extrema que no permite deliberación subjetiva y que no debe equipararse a la que estudiamos.

En el supuesto de extorsión, si bien el delincuente logra "hacerse temer", según expresa Soler, la víctima no actúa mediante una "coacción" tan gravitante como en el caso de justificación. La norma referida expresa: ". . . No son punibles: El que obra violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente".

La doctrina destaca asimismo las diferencias que se observan con la figura del robo, cuando en esta última se está ante una violencia que sin llegar a exteriorizarse físicamente, es decir, poniendo mano fuerte sobre el sujeto pasivo, ella resulta de una intimidación de la cercanía de un arma amenazante.

Aparece aquí una escena en la cual el amenazado entra en evidente indefensión; además, el despojo por parte del autor o la entrega de la cosa por la víctima, sin solución de continuidad con la violencia ejercida, son las únicas alternativas: no hay tiempo para meditar, no hay posibilidad de auxilio, no cuenta la voluntad. Se repite aquello de "la bolsa o la vida".

Pero no debe aceptarse con esos fines aclaratorios - las circunstancias derivadas de la forma de entregar las cosas al delincuente después de la amenaza o intimidación - como un índice delimitante de uno u otro delito. Suele decirse que en la extorsión la víctima entrega el dinero o el bien objeto de la infracción, y en el robo, el autor tomó esos efectos por sí o los arrebató. Muchas veces el robado, ante el apremio del arma colocada en su pecho, pone esos valores en manos de quien los exige, y por ello el hecho no deja de ser robo.

Volviendo a la extorsión, quien la soporta hace entrega de lo reclamado por decisión propia, que ha podido meditar, pues a diferencia del robo, tuvo tiempo para ello. Como dice Molinario(117)(239), ha obrado voluntariamente, pero su voluntad está viciada, no es libre, está coaccionada; no obstante, aunque viciada, la voluntad existe.

Es el mismo caso de la estafa, en que la víctima hace entrega de la cosa también voluntariamente, como ya vimos, movida a ello por el ardid, el engaño del autor que ha provocado el error y la decisión de entrega. En este último supuesto, la voluntad también se ha exteriorizado pero igualmente sin libertad, pues el error así inducido la vició.

La intimidación de que habla el artículo en estudio, como ya se dijo, admite diversas formas para objetivarse. No es posible, sin embargo,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

efectuar una discriminación descriptiva ni enunciar una casuística; muchos son los medios con aptitud para hacerla efectiva. Pero debemos repetir que la idoneidad está condicionada al resultado obtenido por el extorsionador: esto último es el índice de aquélla, es la medida valorativa del medio utilizado. Si logró su objeto, debe admitirse que la forma empleada ha sido apta, y por ende, idónea.

Como lo expresa la terminología legal, los medios son: intimidación, cuyas modalidades se enunciaron, y la simulación de autoridad pública o la falsa orden de la misma. Entendemos que si se simula orden de la autoridad pública, ella necesariamente debe ser "falsa".

En ambos casos el modus operandi conlleva una exigencia ilegítima, que crea la "obligación" de la entrega, el envío, el depósito o la puesta a disposición del autor o de un tercero, de cosas (cosas muebles), dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos. La ilegitimidad del requerimiento extorsivo es condición fundamental: el autor no debe tener derecho a lo que pretende.

La simulación de autoridad o la invocación de falsa orden de la misma puede hacer pensar en la figura de la estafa como forma integradora del engaño que provoca el error e induce a la entrega. La similitud se halla en este último delito (estafa); se aparenta una "calidad" que no se tiene, pues, como ya apreciaremos, la ley emplea la expresión "calidad simulada". Pero debe entenderse como criterio diferenciativo, como dice Molinario(118)(240), la gravitación que ambas exteriorizaciones pudieron haber tenido en el acto de disposición que la víctima realiza, es decir, si predominó el engaño o gravitó el error.

Esos son distinguos que necesariamente pueden hallarse, adentrándose en el campo de la subjetividad, aunque creemos que la simulación de autoridad o una orden falsa de ella emanada suele presentarse con tono imperativo, que es característico en el extorsionador, directamente destinado a lograr efecto atemorizante, lo cual determina la diferencia, pues el medio estafatorio se objetiviza con la prestancia y ampulosidad, no exenta de atracción, de simpatía, que denuncia la actividad de quien incursiona en este último delito, sin emplear el temor para cometerlo.

También, con criterio diferenciante, puede adelantarse que el estafado obra comúnmente inspirado por el propósito de obtener alguna prebenda o beneficio que se le insinúa en las tratativas, y hasta a veces él mismo tiene la intención de perjudicar a la persona que a la postre le hace víctima de sus designios. Son ejemplos clásicos los conocidos "cuentos del tío", entre los que pueden citarse el del legado, el del "filomisho", o sea la máquina para hacer dinero, y otros no menos ingeniosos.

En la extorsión, en cambio, el sujeto pasivo accede a la entrega con el fin de no sufrir un perjuicio próximo que supone de gravedad mayor a los valores que entrega, lo que equivale a decir que admite perjudicarse en una medida menor, pues de lo contrario ese mal que intuye puede para él ser de más grave entidad.

El ejemplo más claro es el del falso inspector que comprueba infracciones reprimidas con multas de importancia en un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

establecimiento, quien ejerciendo intimidación, logra la entrega de dinero para evitar el pago de cantidades mayores.

Soler(119)(241) aclara muy bien este aspecto cuando dice:

"Estafado por simulación de autoridad será el que entrega de buen grado algo debido al Estado, creyendo haberlo dado a quien debía. Extorsionado será el que entrega algo que no entregaría ni al funcionario verdadero."

Es oportuno recordar que en cuanto a la posible confusión del delito en estudio con el de "exacciones ilegales" reprimido por el art. 266 C. P., ella no se justifica; por cuanto en la extorsión la autoridad o su orden se simulan para obtener el beneficio; en cambio, en la otra figura, la autoridad o el cargo existen efectivamente, pero se hace abuso de esas funciones y se formula la exigencia.

Los documentos de que habla la norma penal en su discriminación deben ser de los que produzcan efectos jurídicos, lo cual significa relevancia patrimonial, habida cuenta que el bien jurídico tutelado por las leyes es el patrimonio, según así lo habíamos establecido.

Respecto a la plenitud en la materialización del delito, conviene tener presente que en los casos que el extorsionado reacciona espiritualmente, pero simula acceder a la exigencia ante el autor, dando cuenta por cuerda separada a la autoridad para que intervenga en el momento de hacer la entrega, todo ello con anotación previa de los números de los billetes cuando se trata de dinero, se estará en presencia de una tentativa y no de la consumación, ya que es evidente que la maniobra coactiva no tuvo efecto en el ánimo del elegido.

Así lo expresó un antiguo fallo, que resolvió: "En realidad, la víctima no ha entregado el dinero cediendo a una amenaza y por lo tanto, la relación de causa a efecto, en tal sentido, falta en el caso, entre la intimidación y su consecuencia. Por consiguiente, la infracción no ha alcanzado su grado de perfección jurídica"(120)(242).

Con relación al momento consumativo, debemos aceptar que se concreta cuando la víctima se ha desprendido de los bienes que constituyen el objeto del delito y están determinados en la norma, por cuanto de su redacción surge claramente que el fin de la amenaza que importa la intimidación es obligar a la entrega, envío, depósito o puesta a disposición; cuando ello se ha producido, no resulta lógico esperar que el beneficiario haya entrado en apoderamiento efectivo de esos valores.

Subscripción o destrucción de documentos

De esta infracción se ocupa la segunda parte del art. 168 C. P., que está así redactado: "Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito".

Ya se han considerado, al tratar los medios de comisión del primer párrafo de ese artículo, las características de la intimidación y de la simulación de autoridad, por lo que corresponde sólo referirse al otro

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

elemento que en lo modal se introduce para lograr el objeto enunciado: la violencia.

A ese respecto, debemos tener en cuenta que el término "violencia" fue eliminado del primer párrafo por la Comisión de Códigos del Senado, al sancionarse el cuerpo de normas que con modificaciones nos rige, a fin de que no hubiera confusión con el delito de robo, cuya aparente similitud es indudable según ya lo habíamos considerado; no obstante, esa palabra quedó en la redacción de este segundo párrafo, de manera que en la comisión del delito con el propósito de hacer suscribir documentos de obligación o de crédito, valen tanto la violencia moral como la física; esta última concebida como el uso de la fuerza personal, materializada en todas formas.

A pesar de ello, la confusión no puede evidenciarse, por cuanto en el robo la finalidad que el autor persigue con el empleo de la violencia es apoderarse de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, y en el tipo de extorsión que nos ocupa, es la de hacer suscribir o destruir documentos, no debiéndose considerar a estos últimos como cosas, aunque puedan serlo por su carácter representativo. El propósito sirve entonces para establecer la diferencia.

Los documentos deben contener una obligación o un crédito, lo que equivale a decir que no deben ser nulos o estar afectados por vicios que le resten eficacia conforme a las disposiciones de la legislación privada, salvo el caso de tentativa de delito imposible (art. 44, C. P., último párrafo), en que se sanciona, aunque en mínima medida, la peligrosidad del agente.

Finalmente, podemos concluir que la actividad del delincuente está dirigida en estos casos, o a hacer documentar por la víctima una obligación en su favor o el de un tercero o a destruir el documento que la contenga en su contra o de un tercero, estando el documento en poder del extorsionado. La obligación de destruir el documento que se impone al coaccionado con los medios que la ley indica no quiere decir que la destrucción no pueda efectuarla el mismo delincuente, una vez hecha efectiva la agresión descrita por la norma, ya que siempre sería de aplicación el artículo que nos ocupa y no el 294 C. P., que con menos pena sanciona la destrucción de documentos, pues la diferencia la determina el medio (intimidación, simulación de autoridad, etc.) por el cual se ha obtenido el documento.

Imputaciones contra el honor o violación de secretos

Este otro esquema del delito difiere únicamente del que prevé el artículo anterior, en los modos de ejecución, pues la intimidación, simulación de autoridad pública o falsa orden de la misma, son reemplazados por la amenaza de imputaciones contra el honor o la violación de secretos. Dice así el art. 169 C. P.: "Será reprimido con reclusión o prisión de 1 a 8 años, el que por amenaza de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, cometiera alguno de los hechos expresados en el artículo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

precedente".

Se trata de una infracción que tiene su origen en la legislación francesa, conociéndose con la denominación de "chantaje", palabra que deriva del verbo "cantar" (chanter). El auge que tuvo en ese país en determinado momento esta forma delictiva provocó su repercusión en la ley, que erigió en delito una conducta de notoria vileza y patente peligrosidad por parte de quien recurre a esos medios, que siempre se consideran ilícitos, aun cuando se trate de emplearlos para lograr que se cumpla con el pago de obligaciones a las que se tenga derecho.

Aunque muchas veces no fue reconocido así, suponemos que la justicia no puede ser reemplazada de ninguna forma y por ello no debe aceptarse que se recurra a estos procedimientos, aunque la víctima sea efectivamente deudor de la prestación cuyo cobro se persigue.

La forma de materialización de las amenazas puede ser diversas; la verdad o falsedad de lo que se propone revelar no interesa, debiéndose tener en consideración que, incierta o verdadera, la revelación o imputación siempre afecta el honor de las personas y sirve como medio intimidatorio, aunque es necesario recordar que el precepto en estudio tutela el patrimonio y no la honra personal.

Tampoco es necesario que la revelación del secreto con que se amenaza vaya a asumir un carácter de publicidad tonante, ni que la reputación a afectar sea necesariamente la de la persona intimada, pues puede serlo la de un tercero, por resultar bastante que a quien se intenta deshonorar sea del afecto o relación familiar o íntima de la víctima del hecho extorsivo.

Las amenazas, por otra parte, deben tener una idoneidad suficiente como para que logren el efecto psicológico necesario para provocar la protección de lo que humanamente se desea cubrir con el desprendimiento o determinación patrimonial a que conduce la coacción, la que a su vez puede exteriorizarse por medios verbales, escritos u otros, que permitan su real y efectiva percepción.

QUEBRADOS Y OTROS DEUDORES PUNIBLES

Los delitos de quiebra fraudulenta y culpable y los de concurso civil doloso forman parte del Título VI del Código Penal, que trata de los delitos contra la propiedad, estando agrupados en el Capítulo V del mismo cuerpo normativo, el que ha recibido la denominación indicada, epígrafe que a partir de las proposiciones del Proyecto de 1906 no tiene justificación en virtud de que, habiéndose reconocido la existencia de un delito de "Quiebra", independizado de las calificaciones que los hechos de insolvencia hubieran podido merecer en el juicio corrido en sede privada, adquiere una fisonomía propia, desapareciendo en consecuencia la necesidad de recurrir al sistema de la ley penal en blanco, de vacío contenido e indeterminada preceptiva, pero con fijación de pena, que antes distinguía la apreciación legal de este tipo de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

infracciones.

La Exposición de Motivos de los autores del proyecto referido(121)(243)expresaba: "Hemos empezado por precisar el delito, a fin de hacer desaparecer las incertidumbres que resultan del sistema actual del Código, que no expresa sino el concepto de quebrado fraudulento y que obliga a recurrir al Código de Comercio para saber quién debe ser considerado tal". "Desde que se trata de un delito, lo natural es que sea el Código Penal quien lo define y establezca, con sus requisitos y condiciones." En realidad, el Código no hace definición alguna, sino que describe la conducta de quien esté incurso en la infracción.

Molinario(122)(244)hace la siguiente crítica: "El epígrafe del capítulo no hace referencia a las infracciones que en él se reprimen, sino a los autores posibles de las mismas, incurriendo de ese modo en un error de técnica, tanto más sensible cuanto contraría el sistema seguido por nuestra ley, de agrupar las infracciones bajo el nombre genérico de los delitos y no bajo la denominación de los delincuentes". "Y así como el Capítulo I de este Título no lleva por epígrafe la palabra «ladrones» sino el término técnico «Hurto», así este Capítulo debería denominarse «De la quiebra o de la falencia civil»".

Gómez(123)(245)coincide con esta crítica, y Soler(124)(246), en nota, cita la opinión de ambos y dice: "Es una falta sistemática, intrascendente por lo demás, la que censuran Gómez y Molinario, consistente en referir el título del Capítulo a los quebrados y otros deudores, esto es al sujeto, en vez de designar como generalmente lo hace, al delito mismo".

La legislación de la materia ha colocado a estas formas de inconducta entre los delitos que afectan la propiedad, o para decirlo más exactamente, el patrimonio, que es el bien jurídico protegido, aunque algunos autores han creído ver en la bancarrota un delito de tipo social, con derivación económica, y otros con objetividad jurídica, apuntando a la fe pública y no al acervo privado.

De todas maneras, es evidente que la ley penal ha logrado positiva autonomía en el juzgamiento de estos hechos, al abandonar el aludido sistema de reenvío a la ley comercial, para la configuración.

El hecho criminal de Quiebra exige para su concreción, como elemento fundamental del acto a sancionar, un comerciante a quien la decisión de la justicia del fuero comercial que ha cobrado firmeza o carácter definitivo declaró en quiebra. Es en realidad una situación fáctica que la jurisdicción criminal reclama sea determinada previamente, para que el sujeto a procesar sea una persona de derecho penal. Ello coincide con las prescripciones del inc. 2º del art. 1104 Código Civil, que asigna a esa declaración anterior el carácter de presupuesto, la cual hace a la esencia y asigna entidad al delito.

No obstante, cabe acotar que la legislación represiva no reclama ya la calificación de los actos provocadores de la falencia, según lo establece la norma civil citada y al respecto anacrónica, circunstancia que es del resorte de aquélla conforme al sistema vigente. El juez de lo comercial

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

podrá calificar estos hechos y aun atribuirles el carácter de fraudulentos o culposos o no encontrar mérito para ello, sin que esto obligue al juzgador de lo penal a arribar a similares conclusiones, debido a lo expresado ya, es decir, a la absoluta independencia de ambos fueros.

No hay entonces posibilidad de situaciones conflictuales que puedan enervar la valoración de tales actos configuratorios.

Por lo dicho podría pensarse en la inoperancia o intrascendencia práctica; en la innecesidad de calificar como fraudulenta una quiebra por parte de la justicia comercial, vista la falta de incidencia sobre el proceso penal, pero ello no es así, pues esa circunstancia gravita en el término que pueda establecerse para la rehabilitación del fallido.

El carácter de comerciante se establece de conformidad a lo que estatuye el código de la materia, como así también la determinación de que está en quiebra, condiciones éstas que no pueden ser objeto de revisión en sede criminal.

La exigencia del art. 176 C. P. es considerada por Mario A. Oderigo(125)(247) quien la denomina "presupuesto delictual", lo que es aceptado por Gómez(126)(248). El mismo Oderigo(127)(249) sostiene que: "se trata de algo que, aunque necesario para la configuración del delito, está fuera de su acción constitutiva", agregando que las diversas modalidades que la ley preceptúa como actos de ese carácter (actos fraudulentos o culpables) son los que dan virtualidad al delito, o sea que ellos sí se erigen en constitutivos del mismo, y la declaración que se requiere con carácter previo al proceso penal, emanada del juez de comercio, es la "investidura" del comerciante, a quien se asigna la calidad de quebrado, lo que ha de ser el fundamento de su responsabilidad frente a la conducta que el artículo 176 C. P. considera sujeta a punición, por lo que la declaración del estado de falencia que esta última norma reclama, es una cuestión de fondo que resulta caracterizante y de existencia inexcusable para la procedencia represiva. Soler(128)(250) sostiene, no obstante, que la declaración de quiebra es, con respecto al proceso, de esencia "constitutiva" y recuerda que la prescripción de la acción, como lo tiene resuelto la jurisprudencia, comienza a partir de esa declaración y no del hecho de la cesación de pagos, salvo que los actos fraudulentos se cometan con posterioridad a la misma.

Conviene precisar que el comerciante declarado en quiebra no es un delincuente, pues la quiebra, en sí misma, no es punible si no se ha comprobado la realización de algunos de los hechos que puntualiza el art. 176 C. P., sea antes o después de la declaración. El artículo de referencia tiene la siguiente redacción: "Será reprimido, como quebrado fraudulento, con prisión de 2 a 6 años e inhabilitación especial de 3 a 10 años, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiera incurrido en algunos de los hechos siguientes: 1° Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; 2° No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa; 3° Conceder ventajas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

indebidas a cualquier acreedor".

La primera apreciación de interés concreto para interpretar lo que la disposición transcrita prescribe, teniendo en cuenta las discrepancias doctrinarias, es el significado que corresponde asignar a la expresión "en fraude de sus acreedores", elemento éste que señala la intervención configurativa de una faz de tipo subjetivo integrante del evento incriminado, como presupuesto delictivo o común denominador, al que deben adecuarse los modos de obrar que se describen en los incisos 1º, 2º y 3º del citado artículo.

La finalidad que el quebrado debe perseguir con su conducta, en virtud de los términos empleados por el legislador, es evidentemente la de defraudar y ella debe coincidir con el instante en que esos modos operativos son realizados, o mejor dicho, éstos responden a una intención volitiva del agente, que se traduce en los actos de conducta previstos como dolosos por la ley.

Pero el "fraude" o la intención de "defraudar", ¿ qué significado específico asumen? Un antiguo fallo de la Cámara del Crimen de esta ciudad(129)(251)determina que los actos enumerados deben ser realizados "para defraudar a los acreedores", agregando la sentencia que la citada expresión "en fraude de sus acreedores" no quiere decir "con perjuicio o daño de ellos", pues ese perjuicio (que no se requiere sea efectivo) se produce necesariamente desde que se invoca o se presenta el título simulado, "por cuanto ese proceder afecta a los acreedores desde que se materializa" y es entonces cuando el daño nace; ese perjuicio, a la postre, puede no concretarse por haber alcanzado los bienes del quebrado para hacerles pago, circunstancia que no le quita a la conducta evidenciada la calidad de delictiva, por su carga de posibilidad dañosa.

Es claro que así sea, en razón de que si se entendiera de otra forma, habría que esperar el resultado de la liquidación para establecer si hubo perjuicio real o efectivo. Lo expresado coloca a esta infracción entre los delitos llamados de "peligro"; la circunstancia de encontrarse ubicado entre los que se cometen contra la propiedad o el patrimonio, justificaría la crítica doctrinaria de su inadecuada agrupación, según se ha dicho, destacándose los que estiman de tal suerte que el bien jurídico tutelado debiera ser la fe pública y no el patrimonio.

Soler(130)(252)afirma: "estimamos equívoco decir que existe el perjuicio para los acreedores desde el momento que se invoca o presenta el título simulado" (doctrina del fallo aludido). "El perjuicio para los acreedores puede no existir y la ley no lo exige." "Lo que exige la ley es que el acto haya sido ejecutado para causarlo, cosa que es muy distinta."

La finalidad del autor es, en la mayoría de los casos, obtener la consecución de ese perjuicio, pues actúa en tal sentido "para" ello, pero no es preciso que lo logre realmente, sino que se lo haya propuesto al obrar como la ley describe, circunstancia básica y configurante.

De ahí que Soler(131)(253)agregue: "Por eso no es concebible la tentativa de este delito, a diferencia de lo que ocurre con el de estafa,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

porque mediante la declaración de quiebra, los hechos que en la estafa serían tentativa, importan ya hechos consumativos en la quiebra".

Ello es así, por cuanto en el delito de estafa los ardides o engaños deben ser dirigidos a provocar el error en la víctima y mediante éste obtener la entrega de un determinado bien, y en el que tratamos, esas argucias tienen por fin lograr la creencia de una ineptitud de pago para obtener ventajas o descuentos desmedidos, no siendo necesario que éstos se obtengan, o sea que se alcance el perjuicio que en la estafa es indispensable.

En definitiva, en este caso la ley presupone el dolo cuando el quebrado realizó los actos que el artículo en estudio enumera, sin tomar en consideración el resultado que hubieran producido, siendo entendido que esos actos pueden ser anteriores o posteriores a la declaración de falencia.

La llamada teoría de la "causalidad" tiene aplicación, en cuanto los hechos mencionados por el art. 176 C. P. hayan sido realizados por el comerciante declarado en quiebra, "antes o después" de este último evento.

Ricardo C. Núñez(132)(254)expresa al respecto: "No sólo son computables los hechos posteriores a la declaración jurídica de la quiebra y los comprendidos por la cesación de pagos, sino también los hechos realizados por el deudor en fraude de los acreedores, directa e inmediatamente determinantes de su situación de impotencia patrimonial, porque ubicados fuera del estado de quiebra, se vinculan a la cesación de pagos por ser su causa". "Salvo la señalada, la teoría de la «causalidad» no desempeña otra función en el ámbito del tipo de la quiebra fraudulenta." Seguidamente, el autor acota: "No es posible poner en duda que cada uno de los hechos del art. 176 C. P. causa perjuicio, al disminuir el acervo de garantía".

Pasaremos a analizar con la mayor brevedad los distintos supuestos descriptos en los tres incisos de la antes citada norma, a efectos de fijar someramente el concepto que encierran tales prescripciones.

Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas

Se trata de obligaciones o salidas que no existen o son reales sólo en menor proporción, a favor de alguien que aparece como acreedor. La deuda simulada puede ser por entrega de bienes, que suelen ser dinero, valores o cosas. Las salidas o enajenaciones supuestas o simuladas deben corresponder a bienes integrantes de la masa que constituye la garantía. La simulación se rige de conformidad a lo que sobre la especie legislan los arts. 955 y 956 Cód. Civil.

Respecto a los terceros coadyuvantes en la materialización de las maniobras a que el inciso se refiere, su intervención se califica con sujeción a las reglas de la participación criminal establecidas en el art. 45 del Cód. Penal.

Molinario(133)(255)sostiene que la simulación de deudas se efectúa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

comúnmente con la intención de que los acreedores que aparecen como titulares aporten votos para la aprobación de los concordatos, que requieren una mayoría determinada en la ley 11719.

Con relación a la suposición de ventas, el referido autor dice: "tiene por objeto insolventar o disminuir la solvencia del comerciante. Como éste responde de las obligaciones de su giro, no sólo con el activo de su comercio, sino también con sus bienes particulares, no es raro que previendo su próxima falencia simule la enajenación de sus bienes particulares para eludir así la obligación de responder con éstos de las deudas de su comercio". El auge de las sociedades de tipo limitativo de la responsabilidad hace cada vez menos frecuentes los casos mencionados precedentemente.

No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa

La conducta que se sanciona conforme a este inciso, debe ser advertida con relación a las constancias que pudieran contener los asientos de los libros del implicado, para determinar la injustificación u ocultación, que constituye el objeto de la infracción. Los medios empleados, en consecuencia, tienen necesariamente que haber provocado la situación de insolvencia "en fraude de los acreedores" y ellos se relacionan indudablemente con la cesación de pagos, ya se hayan ejercido antes o después de esta última circunstancia.

Las diferencias entre los balances y las existencias reales pueden dar lugar a la no justificación u ocultación, pudiendo esta última manifestarse en forma omisiva(134)(256). La prueba de los modos enunciados corresponde a quien acciona.

Ramos(135)(257)alude a un fallo de la Cámara Criminal de la Capital que por el voto de los Dres. Díaz y Porcel de Peralta no consideró delictuosa la omisión de denunciar un bien adquirido con posterioridad a la declaración de quiebra, lo cual fue considerado como una "disimulación". El autor nombrado no comparte ese criterio y apoya la tesis del vocal disidente, Dr. Ramos Mejía, quien expresó: "Ocultar significa entre otras cosas «callar advertidamente», lo que se debiera o pudiera decir o disfrazar la verdad".

Concediendo ventajas indebidas a cualquier acreedor

La ley exige una nivelación que parifique a todos los acreedores ante el acervo que garantiza sus créditos. Toda ventaja que el deudor pueda conceder a algún acreedor viola ese principio que está inmanente en la norma. Las ventajas indebidas pueden haber sido concedidas antes o después de la cesación de pagos.

Núñez(136)(258)insiste en que debe tratarse de un acreedor cierto y no falso, por cuanto en este último caso el hecho sería violatorio del inciso 2° del artículo estudiado, agregando que el pago que el deudor pueda

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hacer al acreedor, para que sea indebido, debe ser una mejoría de la cual los otros acreedores no puedan gozar. En tal situación el favorecido también participa del delito, por cuanto, como se ha dicho, se obra "en fraude de los acreedores".

QUIEBRA CULPOSA

Corresponde ahora la referencia a los hechos incriminados por el art. 177 C. P., que se consideran causa eficiente del estado de insolvencia del deudor comerciante. Esta última "investidura" (comerciante) es, por cierto, elemento esencial del delito, como también lo es la situación de quiebra declarada, aspectos ambos que ya fueron considerados en el tratamiento del artículo precedente, o sea el de la quiebra fraudulenta.

Esos extremos juegan para asignar la calidad y estado que la ley exige, a fin de colocar en proceso al responsable de la conducta que la norma indicada describe. Su redacción es la siguiente: "Será reprimido como quebrado «culpable» con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial de 2 a 5 años, el comerciante que hubiere causado su propia quiebra y perjudicado a sus acreedores, por sus gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta".

.Núñez(137)(259)entiende con Moreno que la declaración de falencia - indudablemente requisito indispensable - nada le agrega a la fórmula vigente, en razón de que ésta, al requerir según hemos leído que el comerciante haya causado su propia quiebra con su desempeño, supone ya esa "declaración".

La Exposición de Motivos del Proyecto del Código Penal de 1906(138)(260)adelanta que las actitudes del quebrado penalmente culpable se concretan en un obrar imprudente o de notoria negligencia; ese obrar así conceptualizado debe considerarse siempre como anterior a la quiebra, desde que es su causa generadora, y en este caso, por otra parte, no hay motivo de controversia en cuanto al momento en que la acción pertinente comienza a prescribir, ya que va de suyo aceptar que ello ocurre desde el momento en que el comerciante es declarado en quiebra, pues, como se ha dicho, ella ha sobrevenido a raíz de las circunstancias motivantes establecidas en la ley; hay entonces una íntima y directa relación con nexo de culpabilidad, de causa a efecto. Por ello, el instante en que se incurre en cesación de pagos no debe tenerse en cuenta para nada.

Las diferencias que se aprecian con relación a la figura de la quiebra fraudulenta(139)(261)finca en que en esta última el autor aparece insolventado en virtud de una simulación que desvirtúa la verdad de su estado económico, y en la quiebra simple se materializa una situación eminentemente real de insolvencia, provocada por un obrar imprudente, temerario o puramente culposos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

De ello podemos inferir que lo vinculado a la incapacidad de pago provocada por el comerciante en la forma señalada por la legislación tiene necesariamente que ser en perjuicio también real para los acreedores, porque si el autor no hubiera actuado desaprensivamente o sin el cuidado debido, no hubiera tampoco ocasionado la falencia que se sanciona.

De la redacción del artículo inferimos en forma inocultable que el acreedor debe ser "perjudicado", por cuanto así lo dicen sus términos, lo cual difiere del caso que contempla el art. 176 C. P., pues, como se dijo, el perjuicio es potencial y no es necesario que realmente ocurra o se pruebe para caer en la sanción.

La desaprensión que Núñez(140)(262) llama dejadez o ligereza del comerciante debe apreciarse, según el nombrado, con criterio relativo y ellas deben ser manifiestas, o sea, claras, y no prestarse a interpretaciones, ya que no se trata de haber jugado o efectuado gastos, sino de obtener la calificación de esas circunstancias cuando ellas apunten directamente a determinar la culpabilidad, negligencia, imprevisión, ligereza o dejadez de manera manifiesta, establecidas mediante un juicio razonable.

Indudablemente, no es tarea fácil la fijación de los conceptos enunciados, pues es necesario tener en cuenta con criterio de relatividad lo razonable o no de las conclusiones a que se arribe, extraídas conforme al medio ambiente en que el autor estuvo actuando en unión de su familia.

Gastos excesivos con relación al capital y al número de su familia

La ley exterioriza en la forma transcripta una de las modalidades que se estiman culposas o de imprevisión, causante de la quiebra que a su vez produce el perjuicio que se castiga.

La valoración de cada hecho debe ser cumplida teniendo en cuenta su gravitación en las consecuencias que la ley ha contemplado, sin perder de vista la totalidad de la conducta del imputado, como si se tratara de un fondo escénico.

Especulaciones ruinosas, juego, abandono, etc.

Se advierte en estos casos, conforme a las pautas que la ley proporciona, la intención de propender a que el comerciante mantenga un nivel de dignidad respecto al giro de sus negocios. Por ello, la ejemplificación que se hace, concurre a tipificar algunos aspectos que se consideran proclives a la bancarrota, haciéndose extensivos a otros actos de similar entidad que se califican en una generalización, como de negligencia, o imprudencia manifiesta, los cuales quedan sometidos a la estimación del juzgador, quien deberá encuadrarlos o no en el ámbito delimitado por la figura en estudio.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

QUIEBRA IMPROPIA

El art. 178 C. P. está destinado a reprimir los actos que por obra de los representantes o administradores y aun de los responsables de la contabilidad de una entidad empresaria, la conduzcan dolosa o culpablemente a su quiebra. La doctrina asigna a este tipo de falencia el carácter de "quiebra impropia".

Dice así la citada disposición: "Cuando se tratare de la quiebra de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica que ejerza el comercio, todo director, administrador o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o contador, o tenedor de libros, que hubiere cooperado a la ejecución de algunos de los actos a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con la pena del quebrado fraudulento o culpable, en su caso".

La Exposición de Motivos del Proyecto del Código Penal del año 1906 expresaba al respecto(141)(263): "Los actos de fraude o de culpa, no son actos de las personas jurídicas y es necesario reconocer que si éstas llegan a ser declaradas en quiebra culpable o fraudulenta, ni el fraude ni la culpa son imputables a la entidad ideal, sobre la cual no pueden establecerse sanciones criminales. Son la obra de sus representantes y es necesario que la represión recaiga sobre éstos".

La nota al art. 43 del Código Civil es la fuente de la argumentación anteriormente expresada, en cuanto a que no es factible asignar autoría de hechos criminosos a las entidades ideales, "pues el derecho criminal considera al hombre natural, es decir, a un ser libre e inteligente". Es obvio recalcar que las personas ideales citadas por el art. 178 C. P. carecen de esa condición y sí la tienen, en cambio, las personas físicas también mencionadas en esa disposición.

Debemos acotar necesariamente que las empresas o personas jurídicas aludidas tienen que tener la calidad de comerciantes, estando fuera de esa sanción las que no asuman esa calificación.

La conducta que se reprime es evidentemente la "cooperación" a los actos descriptos por los arts. 176 y 177 C. P., lo cual indica la existencia de un autor con quien han "cooperado" las personas indicadas en la disposición, lo que indudablemente ha de asumir la forma de la participación a que se refiere el art. 45 del C. P., aunque esta última norma no es de aplicación, ya que la acción que se configura está comprendida con exclusividad en el art. 178 C. P.

La autoría principal se asigna a los representantes del ente fallido, a la que debe sumarse en grado de "cooperación" la de Los técnicos de contabilidad que cita la norma, según se ha expresado, cuya intervención en los hechos acriminados se realice de intento, pues la forma culposa resulta irrelevante.

La Exposición de Motivos del Proyecto del Código Penal del año 1917(142)(264)admite que los representantes de las entidades "que realizan esas operaciones dolosas (pueden ser culposas, pues se trata

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de los artículos 176 y 177 C. P.) se valen de los contadores o tenedores de libros como instrumentos materiales para realizarlas".

No debe descartarse la posibilidad de una acumulación de infracciones penales, en cuanto la actuación de los representantes de la entidad en quiebra o sus cooperadores en la debilitación del estado económico sobreviniente puede haber vulnerado en su beneficio otro precepto penal, como lo sería el caso de defraudación en perjuicio de la sociedad, en cuya circunstancia puede concretarse un concurso real de defraudación y quiebra.

CONCURSO CIVIL FRAUDULENTO

El art. 179 C. P. sanciona la conducta de quien, no siendo comerciante, actúa dolosamente en fraude de sus acreedores, mediando declaración judicial de concursado civil.

La ley ha asimilado tales actos a los del comerciante declarado en quiebra, con la única distinción de que en el caso del art. 176 C. P. la pena es mayor. Dice así el citado art. 179, en su primera parte:

"Será reprimido con prisión de 1 a 4 años, el deudor «no comerciante» concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiére alguno de los actos mencionados en el artículo 176."

Todo lo expresado acerca del quebrado fraudulento es válido para esta clase de infracción, pues se dan idénticas notas en ambas figuras, con la diferencia de que en la que nos ocupa, el sujeto activo es un "no comerciante".

El motivo de la reducción de pena para este delito, en relación con el que comete el comerciante, es apreciado por Molinario(143)(265)en los siguientes términos: "El comerciante, no sólo atiende sus propios intereses, sino también los de sus acreedores que están, como los de él, en juego con el giro del negocio. Esto no acontece, sino excepcionalmente, con los civiles". "Esta circunstancia crea, evidentemente, una responsabilidad para el comerciante, que obliga a ser más cauto en los negocios que el civil, que no la tiene."

La redacción del precepto indica con más claridad que en el artículo al que se remite, los hechos mencionados pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores a la declaración judicial de apertura del proceso.

Otra característica notoria es que la forma comisiva es siempre dolosa, pues no se da el caso del art. 177 C. P., o sea que no existe la figura del concursado culpable. En cuanto a la prescripción, en los casos del art. 179 C. P., tiene comienzo de igual forma que en la quiebra fraudulenta.

Molinario(144)(266)y Soler(145)(267)se refieren al concursado que obligatoriamente, con las limitaciones de la ley 9511, aportara a la masa los haberes que obtenga con su profesión, empleo o negocios y no cumpla con ella. Ambos mencionan, criticándola desfavorablemente, una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sentencia de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital por la que la mayoría resolvió que la omisión del concursado de denunciar los emolumentos percibidos por el desempeño de un empleo, cuya designación tuvo efecto con posterioridad a la declaración de concurso, no constituía ni "sustracción" ni "ocultación" de bienes a la masa.

El Tribunal entendió asimismo que ambos elementos requieren la ejecución de actos positivos con finalidad de defraudar a los acreedores, lo cual - sostuvo - no puede derivarse de la omisión referida(146)(268).

Soler enseña al respecto que lo que para un comerciante constituye ocultación, lo es también para un no comerciante. El fallo aludido contó con la disidencia correcta del Dr. Ramos Mejía, quien entendió que los sueldos deben ingresar a la masa en la medida que son embargables.

La ley 17567 agregó al art. 179 C. P. un segundo párrafo que está así concebido: "Será reprimido con prisión de 6 meses a 3 años el que durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor y de esta manera frustrare en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles".

La agregación transcrita, al incorporarse a una disposición que sólo se vincula al proceder de una persona no comerciante y referirse en su parte final a "obligaciones civiles", indica que el comerciante está fuera de la incriminación, lo que en principio puede parecer en cierto modo ilógico, pues, tratándose de actos con evidente finalidad dañosa hacia un acreedor, no se advierte la razón por la que no ha de ser penado el comerciante que los cometa con igual designio y caracterización.

La oportunidad que la ley considera para indicar el momento consumativo de los hechos descriptos está dada por las expresiones "durante el curso de un proceso" o "después de una sentencia condenatoria". Es evidente que no pueden incluirse los actos anteriores al proceso, en virtud de que las actitudes que se penan son consecuencia del curso del mismo o de su finalización perdidosa.

COLUSIÓN

Finaliza el capítulo que hemos analizado, con el art. 180 C. P. que trata lo que técnicamente se ha denominado "colusión" o la simple "venta" del voto, realizada, como veremos, en atención a beneficios de carácter singular que favorecerán al acreedor en connivencia con el deudor u otros personajes, mediante el consentimiento para la realización de un concordato, convenio o transacción judicial.

Es ésta una de las diversas modalidades que presentan las figuras correspondientes a los tipos estudiados, en las que la manifestación dolosa está dirigida a obtener ventajas determinadas para quien emite el voto, que no habrán de alcanzar a otros acreedores.

El art. 180 C. P. referido expresa: "Será reprimido con prisión de 1 mes a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1 año, el «acreedor» que «consintiere» en un concordato, convenio o transacción judicial, en virtud de una connivencia con el deudor o un tercero, por la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de «aceptación del concordato, convenio o transacción». "La misma pena sufrirá, en su caso, todo deudor o director, gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica de otra índole, en estado de quiebra o concurso judicial de bienes, que concluyere un convenio de este género."

La ley de Fe de Erratas 11221 solucionó una verdadera controversia doctrinaria, pues la anterior redacción de la norma no incriminaba al deudor, dejando como único responsable, además del gerente, director o administrador de una entidad, al acreedor, circunstancia que evidentemente no contemplaba con equidad el proceder naturalmente ilícito o antijurídico del obligado, al corromper el voto del acreedor para su designio.

Como decíamos, la mencionada ley, después de la palabra "todo" del segundo párrafo, agregó "deudor o", y la penúltima palabra del mismo párrafo, que antes era "ese", fue sustituida por "este".

El acreedor, que debe ser real y no falso, por cuanto en ese supuesto la norma incriminatoria sería la ubicada en el art. 176 C. P. según ya lo hemos visto, consiente en un concordato en miras a futuras ventajas especiales, lo cual indica que a la masa o patrimonio de los acreedores no se le resta nada. Por lo tanto, lo que se pena es la producción del voto y no la celebración del acuerdo(147)(269).

El consentimiento se exterioriza al votar y no al "pactar" y no es necesario tampoco que el resto de los acreedores haya aprobado el concordato, convenio o transacción. La ley considera dolosa la conducta así manifestada, aunque la intención que se persigue no haya tenido concreción, causa por la cual se considera que el instante consumativo es precisamente el de la emisión del voto.

Tampoco se requiere que el deudor o las otras personas actuantes en la estipulación cumplan lo prometido; por ello se ha dicho que el hecho que configura el delito es el consentimiento objetivado en el momento de votar.

Nótese que a diferencia de los sujetos que intervienen en la "Quiebra impropia" (art. 178 C. P.), en esta figura no aparecen como autores principales los contadores o tenedores de libros, aunque éstos pueden tener responsabilidad en grado de participación, si de alguna manera hubieren auxiliado o coadyuvado a su materialización (arts. 45 y 46 C. P.) El deudor, el director, gerente o administrador delinquen a su vez con sólo concluir el convenio, de manera que no existe ligazón entre las conductas de éstos y el acreedor: cada uno obra en su propia esfera y resulta imputable en la forma que la ley especialmente lo indica.

No debe desatenderse que la connivencia puede ser con el deudor "o un tercero", según los términos dispositivos, de manera que la norma abarca también al deudor que obra por medio de alguien que le representa; de ser así, ese "tercero" queda sin responsabilidad primaria o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

principal, por cuanto el segundo párrafo no lo menciona, pero no obstante, el deudor está igualmente sometido a punición, ya que la intervención del tercero no le desplaza en la autoría. Ese tercero puede igualmente, como en el caso de los contadores o técnicos, asumir responsabilidad de cómplice u otra.

USURPACIÓN

El delito de usurpación es también de las infracciones que atentan contra los derechos patrimoniales, ofreciendo la particularidad de que su comisión versa especialmente con referencia a cosas inmuebles, de las cuales su uso y goce aparece afectado. Ellos son la tenencia, posesión y cuasi - posesión, y los medios ofensivos están descriptos por la ley en la forma que trataremos de exponer.

Los conceptos sobre cosa inmueble, de las que trata el art. 2314 Cód. Civil (por su naturaleza) y el art. 2315 Cód. Civil (por accesión física perpetua), están vinculados a la materialidad de este delito, y en ese aspecto, siendo el tema de notorio dominio del escribano, descontamos que su interpretación no ofrece dificultades mayores al confrontárselos con los términos que el legislador emplea cuando incrimina los hechos lesivos de esta faz de los valores que integran el patrimonio.

Por lo expuesto, debemos aclarar que quedan obviamente apartadas como objeto de la infracción las cosas inmuebles por su carácter representativo.

El art. 181 C. P. considera las distintas formas de agredir los derechos patrimoniales del orden enunciado que la ley tutela, asumiendo la siguiente redacción: "Será reprimido con prisión de 6 meses a 3 años: 1º: El que por violencias, amenazas, engaño, abuso de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes. 2º: El que para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo. La pena será de 1 mes a 2 años cuando, con violencia o amenazas, se turbare la posesión o tenencia de un inmueble".

Analizaremos con un poco de detenimiento, atento al interés notarial que indudablemente tiene la figura que el precepto describe a efectos de fijar los elementos típicos que la integran y, como dijéramos están en buena medida al alcance de nuestros conocimientos técnicos, por la índole de las funciones que se desempeñan.

Despojo

El inciso 1º se caracteriza por describir una acción de "despojo", según el término específico que emplea, con lo que aparece una primera

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

divergencia doctrinaria, planteándose el interrogante de si existe o no similitud con el mecanismo de la legislación privada, cuando trata ese mismo punto con el articulado pertinente.

El resultado de la controversia determinó que la acepción que el art. 2492 Cód. Civil asigna al despojo se caracteriza por reconocer, aunque no expresamente, la utilización de la violencia como único elemento de comparación con el mismo acto reprimido penalmente, de la que se desprende que en este último aspecto, o sea el criminal, la creación de la ley es más amplia, por cuanto a la violencia se suman, según hemos visto, el engaño y el abuso de confianza y después del agregado proveniente de la modificación introducida al Código Penal por la ley 17567, la "clandestinidad", medio éste que no había sido tenido en cuenta por la legislación anterior. No hay entonces similitud: en lo civil, despojo significa menos que en lo penal, y en esta sede el despojo se llama como el delito, es decir, usurpación. He ahí el distingo.

La forma del despojo ha sido también diversamente tratada por la doctrina. Soler(148)(270)estima que la acción ejecutiva "sólo puede producirse por medio de invasión, ya sea que el dueño esté presente y por la fuerza se lo expulse, ya sea que el dueño esté ausente y se expulse a sus representantes o finalmente, que no se lo deje entrar". Es entendido que cuando habla de dueño, el tratadista se refiere a un ataque a la posesión, continuando así con su teoría: "Ya que no es posible sacarle la cosa y llevársela, es preciso sacar al propietario de la cosa".

La nueva redacción de la norma ha clarificado los conceptos al emplear las palabras "invadiendo", "manteniéndose" y "expulsando". La explicación que da Soler es anterior a la reforma, pero se aprecia que ésta ha recogido sus enseñanzas.

Adviértase en las expresiones consignadas las diferencias de este delito con el de robo, ya que por referirse este último a cosas muebles, es posible el apoderamiento y la remoción sin dificultades, por medio de la violencia personal o la fuerza en las cosas.

El ataque que concreta el despojo debe ir dirigido contra "el ejercicio de un poder efectivo sobre todo o parte de un inmueble"(149)(271)o sobre "el verdadero poder y señorío de hecho sobre la cosa"(150)(272)y con la condición de que el sujeto pasivo que soporta la agresión goce real y efectivamente del inmueble, admitiéndose la ausencia temporal del detentador.

La acción de despojar reconoce un elemento de impulsión subjetiva típico y necesario para entender su antijuridicidad: no comete usurpación quien ocupa o invade, sino que ineludiblemente debe ese proceder estar inspirado por un deseo de ejercitar un poder sobre la cosa, en detrimento de quien la tiene, posee o cuasi posee, según los términos normativos, y por aquella conducta la pierde. Se trata entonces de una motivación del autor influenciada por el animus domini o animus rem sibi habendi, con el que el delincuente reemplaza al del sujeto pasivo.

Si bien al hablar en primer término del despojo hemos alterado la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ubicación de los vocablos que la disposición penal tiene establecida, ello ha sido con el propósito de tomar una noción previa de lo esencial del hecho acriminado por el inc. 1º del art. 181 C. P., lo que nos ha permitido determinar de qué forma, a través de su virtualidad, puede afectarse el patrimonio de la víctima.

Violencia

Ello sentado, retomaremos la descripción legal para detenernos en lo que se relaciona con la violencia, engaño, clandestinidad y abuso de confianza. Creemos tener facilitada la tarea, por cuanto ya tuvimos ocasión de referirnos a esas formas modales de comisión, cuando vimos otros delitos excepto la vinculada a lo clandestino, que, como fue aclarado, figura como una novedad en la redacción del inciso.

Por supuesto, ya que no hay distinción en el precepto, la violencia compromete tanto a la física como a la moral, operada aquélla sobre personas o cosas, y con amenazas o acciones intimidatorias o violencia tácita según Soler, provocadoras de temor, la segunda. No hay en este punto discrepancias teóricas, aunque como en el caso de la extorsión, debemos recordar la idoneidad del medio coactivo, para que la CONFIGURACIÓN; PROSPERE con plenitud.

El art. 2365 Cód. Civil da una idea muy clara de la forma como se tiene la posesión violenta; y Gómez(151)(273)se muestra satisfecho al citar a Manzini(152)(274)cundo éste define la violencia física así: "Consiste en el empleo de una energía física - ínsita o no en la persona que la pone en acción - hacia una persona o una cosa, de modo que derive una coacción personal física, absoluta o relativa, positiva o negativa, o la modificación de una cosa, contrastante con los derechos ajenos sobre la cosa misma o que produzca impedimento para el ejercicio o el goce de otros derechos subjetivos".

La violencia sobre las cosas es similar a la "fuerza" en las cosas que caracteriza el robo y puede concretarse cuando el usurpador hace saltar un candado o cerradura de la puerta de entrada del inmueble, o sea que se violan sus "defensas", o que opera la simple destrucción de esos elementos por medios aptos.

Rubianes y Rojas Pellerano(153)(275)hacen una útil referencia que ayuda a la interpretación, cuando se ocupan de la violencia sobre la persona, diciendo: "Surge la necesidad de que medie una voluntad contraria a la víctima, a la acción que desarrolla el que utiliza la violencia, pues el consentimiento del ofendido es una causa que excluye La existencia de ese medio (la violencia)". "De ello se deduce que el atacado en su libertad de disposición en cuanto a un inmueble, haya resistido la acción dirigida a despojarlo. Tal resistencia es indispensable para que exista violencia, pues revela la contradicción entre dos voluntades: la del autor del medio violento y la del agredido, que se opone a ello."

La violencia sobre la persona o sobre las cosas debe ejercerse para entrar al inmueble, removiendo obstáculos humanos o materiales; la idea

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de mantenerse en el inmueble como finalidad del despojo penal parecería ser un elemento indispensable, aunque la jurisprudencia ha considerado el delito como instantáneo, o sea que se consuma en el momento de acaecer La desposesión, pero, teniéndose en cuenta la intención que conduce al autor de actuar con poder sobre la cosa o someterlo a su voluntad, sería prudente reconocer que tanto la denominada invasión como la permanencia tendrían que complementarse para la caracterización, evitándose la apreciación aislada de ambos elementos.

Podemos anotar asimismo, para establecer distingos, que la violencia física y la moral sobre las personas se diferencian en cuanto la primera se ejerce sobre lo corpóreo y la segunda sobre el espíritu. Los modos de evidenciarse de esta última son numerosos, pudiendo adoptar la forma verbal, escrita, epistolar u otras.

Engaño

Caben aquí, al considerar este medio ardidoso, las mismas apreciaciones que se han hecho en el estudio somero del delito de estafa al que nos remitimos, a fin de delimitar la conducta del autor para la obtención de lo que se propone.

Algunos tratadistas sostienen que no puede haber diferencia conceptual cuando la ley emplea los mismos términos en ambas figuras, con lo que se afirma que el engaño para inducir a error y provocar la entrega de la cosa en la estafa, no puede diferenciarse en cuanto a su objetividad con el que produce el despojo.

No se trata de equiparar con estrictez ambas situaciones, pues es dable admitir que cada una de ellas ofrece circunstancias y aspectos que no tienen por qué ser idénticos, y, como lo sostiene Soler(154)(276), "el engaño puede no ser un ardid (en el caso de usurpación), bastando que sea una simple mentira de la cual se vale el sujeto para inducir en error".

Recordemos que la simple mentira en el delito de estafa no tiene aptitud, por cuanto, como lo decía el mismo Soler, el ardid "es el astuto despliegue de medios engañosos" y ello supone una evidente actividad que involucra la mentada mise en scene, que ya sabemos no es necesario que asuma caracteres de espectacularidad. Ya vimos también que cuando el sujeto pasivo está en error por sí, no habiendo inducción al equívoco por parte de quien recibe la cosa (en la estafa), no hay delito. El error "provocado" es siempre necesario para la configuración y, desde luego, ese estado mental debe ser el determinante del despojo, o sea la privación a una persona "del goce efectivo y material de un inmueble".

La diferencia con el delito de estafa la encuentra también Soler cuando opina, ateniéndose al goce efectivo del derecho, que ello ocurre, según se dijo, con la privación del "goce del derecho", pero no "del derecho mismo".

Para clarificar, cabría aquí recordar también la distinción que se hace al estudiar el "hecho" de la posesión y el "derecho" a la posesión: la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

usurpación ataca al hecho de la posesión y no al "derecho". Bien lo establece el art. 2470 Cód. Civil cuando prescribe sobre la defensa extrajudicial de los bienes, al legitimar la repulsa de la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente: lo que está en juego es el disfrute de la materialidad de la posesión y no el del derecho a la posesión misma, que el usurpador no puede vulnerar de ninguna manera, por más violenta que sea su conducta.

Abuso de confianza

Es éste otro medio de usurpar un inmueble, el que ofrece una especial característica. En algunos casos, el sujeto activo ha detentado el inmueble en forma legítima y en determinado momento intervierte la causa de la tenencia y retiene la cosa indebidamente, ilícitamente, mediante un "abuso de confianza". Insistimos en lo de interversión ilícita, por cuanto puede darse el supuesto de la traditio brevi manu o del constituto posesorio (art. 2387 Cód. Civil), ambos absolutamente legales como medios de adquirir la posesión sin tradición.

Volviendo a la interversión ilícita, es el caso de la retención indebida de la defraudación (art. 173, inc. 2º, C. P.) en la que también se opera, después que el autor hubo entrado en poder de la cosa con legitimidad.

El otro supuesto, pero esta vez similar al de la estafa, es el de quien ha creado deliberadamente en la víctima, con anterioridad y con medios aptos, la confianza, para después abusar de ella mediante el despojo que determina el inciso en consideración. La jurisprudencia ha entendido que el segundo ejemplo equivale al engaño, no resultando del todo aceptable esta posición, por cuanto entendemos que resulta una equivocación de situaciones diferentes. No obstante, el aspecto práctico de la cuestión parece aconsejarlo así, por virtud de que, de lo contrario, no sería posible distinguir entre ambas figuras.

El tenedor, como decíamos, es quien resulta con cierta aptitud para convertirse en usurpador, mediante la interversión, que formaliza cambiando por sí mismo la causa de la ocupación: de tenedor que era, se convierte en poseedor. Es el caso común del inquilino, con quien se crea una virtual relación de vínculo, presidida por la confianza fundada en lo jurídico, por cuanto se entiende que no se producirá una extralimitación de los derechos de la locación que asisten a su titular.

El otro caso frecuente es el de quien ocupa una vivienda en virtud de una relación de trabajo, con derecho a habitarla; una vez terminada o cumplida la causa del convenio, el ocupante se resiste a desalojarla, reteniéndola indebidamente. En estos casos, se recibe el inmueble para habitarlo, pero con obligación de restituirlo, según los términos de la contratación.

En los supuestos indicados, como en el de los llamados "servidores de la posesión" (arts. 2462 inc. 2º y 2352 Cód. Civil), como lo son los empleados, dependientes, domésticos, cuidadores, el despojo se opera sin el sello característico de la "invasión", a que aludía Soler, por cuanto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

lo que se objetiviza es la intención de sustraer la cosa al "goce efectivo" de una posesión o tenencia que corresponde a su titular.

Clandestinidad

Como se ha dicho, este modo de ocupar el inmueble se considera ahora una expresión dolosa y el inc. 1º del artículo 181 C. P. así lo determina. Numerosos fallos anteriores habían establecido que la ley no incriminaba esa forma de usurpar, que por otra parte resultaba muy frecuente. El Código Civil en el art. 2369 nos proporciona la idea de la clandestinidad, cuando expresa: "La posesión es clandestina, cuando los actos por los cuales se tomó o se continuó, fueron ocultos o se tomó en ausencia del poseedor o con precauciones para sustraerla al conocimiento de los que tenían derecho a oponerse".

Los términos legales nos dan una pauta de plena justeza y es necesario admitir que la clandestinidad no debe confundirse con un medio engañoso, y además, que como es una expresión de logro del despojo, ese medio debe estar influenciado por el dolo especial que tipifica el delito, ya que el despojo que a través de esa forma de obrar se obtiene, habrá de caracterizarse por el ánimo de sustituir la ocupación del poseedor, tenedor y demás titulares de los derechos ya enunciados, con el índice de permanencia y consolidación o ejercicio que la índole de la infracción reclama.

En anteriores fallos jurisprudenciales y cuando la norma no incluía la clandestinidad para la consumación, sólo se la admitía como el primer paso para el despojo, cuando ella fuera seguida por el engaño. En suma, tomando aisladamente esa forma de ocupación, quedaba impune por no estar prevista legalmente, aunque su exteriorización era reconocida tanto cuando era seguida por el engaño como por la violencia, ya que no por abuso de confianza, por cuanto en ese caso el inmueble es entregado voluntariamente por la víctima, la mayor parte de las veces en virtud del ejercicio de un derecho del sujeto activo, es decir, del delincuente.

Esfera de custodia o de poder. Teoría

La interpretación de las normas de índole penal, que sirve para determinar con exactitud el momento consumativo del hecho delictuoso, ha recibido un aporte, en éste y en otros delitos, que consideramos de notoria relevancia en el desarrollo de la teoría de la "esfera de custodia", que Soler, al estudiar el hurto(155)(277), denomina "esfera de poder y de vigilancia", por cuanto entiende que la idea de posesión que da el Código Civil, en el aspecto objetivo, significa tener "poder sobre la cosa, que tanto vale para el verdadero dueño (posesión legítima) como para el ladrón (posesión viciosa o violenta) en el caso de las cosas muebles y también del usurpador, en el de las inmuebles, según creemos nosotros. Para mayor aclaración y con referencia a la faz subjetiva de quien obra con sentido de apoderamiento (hurto) y también asimismo de ocupación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(despojo), el autor nombrado cita a Binding, quien expresa, confirmando lo que ya se dijera con anterioridad respecto al "hecho" y al "derecho" de la posesión, que "el que se apodera de la cosa quiere llegar a ser, de hecho, lo que el propietario es, de derecho".

Por eso no interesa si el despojo se comete contra el dueño o el simple tenderse que el poseedor o el tenedor estén en permanente contacto contiene relevancia que el ataque se produzca contra quien la posee o la tiene en nombre del titular del derecho correspondiente. Sea de quien sea el derecho, la agresión se produce y el delito se consuma. No puede pretenderse que el poseedor o el tenedor estén en permanente contacto con el inmueble, para que frente al ataque, quede concretado el delito. Los representantes o los servidores de la posesión contra quienes se actúe, no llegarán a ser sujetos pasivos del delito, pues la víctima es el tenedor, poseedor o cuasi poseedor, pero la infracción se perfecciona al actuar en la forma que la disposición punitiva describe.

Rubianes y Rojas Pellerano(156)(278)hacen muy especial referencia a la teoría de la "esfera de custodia" - que, como decíamos, contribuye a la exacta fijación de los límites comisivos del hecho de despojo - aludiendo a la "causa" por la cual se está en contacto con la cosa inmueble (relación de derecho) a diferencia de los motivos (circunstancias motivantes) que impulsaron a la ocupación del inmueble, significando esto último, por ejemplo, que se puede convenir una relación laboral a cambio de ocupación, no porque se quiera la primera, sino por la necesidad de lo segundo, ante la falta de ese elemento tan importante de la vida.

Diversos fallos judiciales han dado pautas para establecer con exactitud el alcance de la teoría(157)(279), de los que, a título ejemplificativo, se desprende que cuando el dueño de un hospedaje da al pasajero una habitación para que la ocupe, no hace entrega de su tenencia, sino que le facilita un ámbito cuyo contralor mantiene, pues no lo pierde en momento alguno, ya que al mismo tiempo y al par que onerosamente el huésped goza de los servicios de asistencia doméstica, aquél, el hotelero, conserva la "esfera de custodia" de la habitación y puede penetrar a ella por sí o por medio de sus servidores.

La ocupación que en tales supuestos ejerce, no asigna a quien lo hace ese "verdadero poder y señorío de hecho sobre la cosa" a que habíamos aludido.

En consecuencia, cualquier ataque del hotelero a esa ocupación tan precaria, no puede constituir el despojo que caracteriza el delito, aunque en determinados casos, como podría ser la prolongada permanencia, sin la prestación de los servicios de limpieza con pago de un precio determinado y sin que el posadero conserve la llave de ingreso, podría dar lugar a la infracción penal en estudio, por tratarse de una verdadera locación de cosa, y en consecuencia estar afectada la tenencia según la ley lo establece.

[Posesión tenencia, cuasi - posesión](#)

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El Código Penal considera como bienes afectados por el delito de usurpación, la posesión y tenencia de un bien inmueble y el ejercicio de un derecho real constituido sobre él, que tradicionalmente han sido los de uso, usufructo, habitación, servidumbre y anticresis, especialmente consignados en la letra anterior del art. 181 C. P., modificada en la forma actual por la ley 17567.

Es indudable que las normas de la legislación privada atinentes a la materia sirven de exacta orientación para establecer los distintos casos que el derecho represivo contempla como objetivos de la agresión delictuosa, y es a ella que debemos referirnos para esta apreciación.

El tema no puede ofrecer dificultades, pues el concepto del notario acerca de estos puntos está clarificado por un contacto diario con cada uno de esos tópicos, atento a la función que al respecto se cumple.

El art. 2351 Cód. Civil proporciona la idea de posesión, destacándose los dos aspectos fundamentales de ese elemento de la propiedad, o sea la materialidad del corpus y la subjetividad del animus, es decir, el animus domini o animus rem sibi habendi.

Al respecto ya habíamos dicho que la preceptiva penal persigue la protección del hecho de la posesión, que es el poder ejercido realmente sobre la cosa, desde que no se puede entrar a juzgar la otra faz, que por ser de naturaleza psíquica escapa a su estudio, a lo inmediato, a lo urgente, de la intervención de la autoridad represiva, pues recordemos que se trata de inmuebles donde está radicada la habitación de la gente. No se nos escapa que de todas maneras el corpus está indicando, en principio y en quien ocupa la cosa inmueble, una evidente voluntad de sometimiento, que es lo que entroniza la gran diferencia con respecto al tenedor en el que ya sabemos hay el reconocimiento de que el bien pertenece a otro y, en consecuencia, no existe la voluntad señorial del propietario.

Concretando, es preciso exaltar la coexistencia del contacto material con la cosa, dentro de lo que se había definido como la "esfera de custodia" o "de poder" y el animus domini, ya que ambas situaciones se complementan.

La prueba de lo anímico es dificultosa y ello es la causa del nacimiento de distintas teorías destinadas a caracterizar la posesión para diferenciarla de la tenencia.

Pero a los fines del delito, la finalidad tuitiva de la ley apunta primordialmente al corpus, pues el atacado, el sujeto pasivo, debe tener, como se había enunciado, el "goce material y efectivo de la cosa", lo cual permite determinar que el animus, tomado aisladamente y sin la cosa, no puede ser objeto de despojo según es obvio considerarlo.

Aun así, la defensa de la ley ampara asimismo, por la necesidad de protección que inspira la norma misma, la posesión no legítima. A ese respecto, el art. 2355 Cód. Civil establece el carácter de una y otra posesión, correspondiendo a la primera, o sea la legítima, lo que se ha denominado el ius possidendi, y a la segunda, el ius possessionis, con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

prescendencia de la buena o mala fe de su adquisición.

Tenencia

El concepto de tenencia surge, como sabemos, de los términos del art. 2352 Cód. Civil al expresar la relación, el contacto material, o sea la tenencia misma de la cosa, a la que se accede en función de un derecho (locación, comodato, retentor) mediante el reconocimiento de que otro es el propietario del bien.

Por ello, no es suficiente el mero contacto aludido, la simple relación material de hombre - cosa, pues se requiere en primer término que esa vinculación lo sea sobre la base fundamental de un derecho a estar en esa situación; de ahí que debemos distinguir la tenencia con derecho personal a ejercerla, de la que carece de ese elemento, como sucede con el ejemplo del inciso 2º del art. 2462 del Cód. Civil, que se refiere al "depositario", "mandatario" o cualquier representante, como personas que no tienen derecho a tenencia, en el sentido estrictamente técnico del vocablo.

Al relacionar la tenencia de la cosa con el derecho base, se ha querido apuntar a la "causa" de la misma, que nace por lo general de un acuerdo con el dueño del bien, quien la entrega para que el otro sujeto, es decir, el tenedor, mantenga su "goce material y efectivo" en su propia esfera de poder".

A partir del momento de la entrega, no hay posibilidad de colisión entre ese "poder" del tenedor y del propietario; el primero lo adquiere, y el dueño, voluntariamente y por el lapso que se convenga, lo cede, pero con el reconocimiento de parte de aquél de que la cosa pertenece al propietario que se la entregó. Se advierte entonces una traslación del poder de goce o de hecho" sobre la cosa por un término y en las condiciones que caracteriza el convenio que la origina.

Nótese, no obstante, que conforme a los términos de la ley penal puede darse el caso de un tenedor ilegítimo a quien la prescripción del art. 181 inc. 1º igualmente protege, pues debemos reconocer que la idea de tenencia contenida en la normar represiva, como ya se expresara, resulta de mayor amplitud que la del precepto civil.

Recordando la expresión vulgar: "ladrón que roba a ladrón", en el caso que analizamos el tenedor ilegítimo, aun por despojo, puede ser sujeto pasivo de usurpación.

Por eso, de acuerdo a varios fallos jurisprudenciales, se ha resuelto acriminar la conducta del dueño del inmueble que, ante la ausencia del tenedor que sacó algún efecto del local, pero conservó sus llaves, se introdujo en el ámbito de ejercicio de la tenencia para recuperarlo, operándose de esta manera el despojo. La ausencia, entonces, no es motivo de la pérdida de goce, el que se sigue teniendo con o sin intermediación de otra persona.

En un fallo conocido(158)(280)se dijo textualmente por uno de los vocales de Cámara: "Pienso que no es indispensable que quien tiene

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho a la posesión o tenencia, permanezca como adherido a la cosa. A mi entender, ese fugaz alejamiento no traduce una voluntad contraria al ánimo de poseer y quien así se comporta, no ha dejado de gozar de su derecho y si en esa situación se lo excluye, claro está, mediante la violencia o los demás requisitos del art. 181 C. P., se comete despojo".

Cuasi - posesión

La doctrina encontró el término citado, creemos que con todo acierto, para determinar la calidad del contacto material de goce a que se refiere la esencia del delito, con respecto a los derechos reales de uso, usufructo, habitación, servidumbre y anticresis constituido sobre un inmueble.

Fundamentalmente la denominación tiende a eliminar la posibilidad de confundir este aspecto de la infracción, con el que distingue a la posesión. Sabemos que en esta última gravita la intención del que tiene la cosa, pues ello indica que el contacto que con ella existe, reconoce la voluntad de someterla un derecho de dueño.

En la cuasi - posesión, si bien ella reposa sobre un derecho real , éste está constituido con afectación de un inmueble que pertenece a otro, debiendo aclararse que en estos casos no juegan los derechos reales de garantía, causa por la que deben excluirse la hipoteca y la prenda, que según la redacción del art. 181 C.P. no aparecen afectados, por no formar parte de la esencia del delito.

En la hipoteca, la cosa inmueble permanece en poder del propietario, y en lo que respecta a la prenda, si bien existe desplazamiento de la cosa del deudor al acreedor que la mantiene en su poder, se trata en rigor de una cosa mueble, por lo que no es materia de esta infracción. En su caso, el detentador de la cosa prendada podría resultar sujeto pasivo de hurto, robo, estafa o extorsión.

Está claro entonces que hay cuasi - posesión por cuanto no se alcanza a delinear la figura de la posesión; de ahí entonces la denominación aceptada.

Con relación a la tenencia, radica la distinción en que ésta tiene su indicados en espíritu en el artículo sub examen. Están considerados en una relación de derecho real, pero ambas tienen de común en reconocer la propiedad en otra persona.

Los derechos reales sobre los que la cuasi - posesión recae, son los indicados en espíritu en el artículo sub examen. Están considerados en el Código Civil en el orden que indicaba la redacción anterior del precepto penal, en los arts. 2948, 2807, 2948 in fine, 2971, 2973, 2974, 3239, respectivamente, de manera tal que toda incursión en el tema la entendemos como superflua, desde que está descontado su conocimiento perfecto con relación a los elementos esenciales de cada una de las figuras indicadas y perfectamente definidas en las disposiciones con que están directamente vinculadas.

En todos los casos, como ya habíamos admitido, la cuasi - posesión

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

debe también estimarse como "de goce efectivo y real de la cosa inmueble" según así corresponde considerar en cuanto a la posesión y a la tenencia.

El artículo 2470 del Código Civil

La referencia que se hace a esta norma del Código Civil cuando se estudia el delito de usurpación, se impone inevitablemente y al mismo tiempo permite un análisis de su contenido, el cual esclarece los alcances de los términos que el legislador emplea al tratar la compleja esencia de la posesión.

El citado artículo tiene la siguiente redacción: "El «hecho» de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa".

Este artículo reconoce también una íntima conexión con el 2468 Cód. Civil, ya que con los términos de este último se logra escindir o delimitar el derecho que emerge de un título válido frente a la posesión misma de la cosa, concluyéndose que ello significa un derecho a su posesión y nada más, ya que ante la oposición de quien la detenta, solo se reconoce la vía judicial para tomarla. De ahí que esta norma está incorporada al título "De las acciones posesorias" del código.

Por eso, el art. 2470 Cód. Civil que estamos analizando, hace la distinción que la nota al mismo confirma, en cuanto a que reconoce un hecho en la posesión, con prescindencia de la validez del título que la respalda y al establecer la posibilidad de la repulsa de toda agresión que pretenda desplazar de las cosas a quien "tiene el goce real y efectivo" de ella, a quien la posee, brinda a éste la protección legal que se ha denominado "legítima defensa de los bienes" también dentro del mismo artículo.

Diremos que en este caso, como sucede con otros artículos del Código Civil, la posesión ha sido tomada con criterio de generalización y no con espíritu estrictamente técnico ya que no existe motivo para brindar la protección legal defensiva al poseedor y no hacerlo con el tenedor o cuasiposeedor, siendo que todos, al tener oportunidad de efectuar la repulsa que consigna la norma, están defendiendo, en principio, un derecho de características objetivamente similares.

Ello explica las condiciones que la doctrina impone - las que citamos brevemente - para ser visible su aplicación y que también las determinan fallos judiciales que debieron resolver casos de tenencia y cuasiposesión, en los que se plantearon situaciones de despojo, marginales de la protección de los vocablos legales, tomados en sentido literal.

Se ha explicado que el artículo 2470 Cód. Civil es un caso especial de defensa legal vinculado a los bienes, instituto que también, en forma

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

general, existe en la ley penal en el artículo 34 inc. 6º del código de la materia, que excluye de responsabilidad a quien obra en defensa de sus derechos, lo cual denota una causa justificativa de la infracción que en esa postura defensiva puede cometerse.

Jiménez de Asúa(159)(281), a efectos de esclarecer los elementos que deben concurrir para que se legitime el obrar defensivo, dice: "Entre agresión y defensa debe haber unidad de acto: ésta debe ser inmediata consecuencia de aquélla. Por eso, la agresión pasada, según comunis opinio, no puede originar una defensa legítima, pues no siendo factible repeler o impedir el ataque terminado, la violencia subsiguiente será venganza".

Por ello, la repulsa debe ser, según entendemos, subitánea, inmediata al ataque, llevada contra el hecho de la detentación, sea posesión, tenencia o cuasi - posesión, en momentos que la autoridad no puede intervenir y no se excedan los límites de la legítima defensa.

La ley dice: "empleo de una fuerza suficiente", lo que indica racionalidad del modo defensivo, que puede evidenciarse, por lo que hay que pensar, empleando un ejemplo absurdo, que no debe repelerse con una ametralladora el ataque con un palo. Por último, conviene decir que la agresión no debe haber sido consentida, lo que está en consonancia con la coetaneidad del acto defensivo.

Artículo 181. inc. 2º. del Código Penal. Destrucción de términos

La figura que se describe en esta norma resulta ser, en cierto modo, un resabio de la idea de protección de la propiedad que inspira al hombre desde lejanos tiempos.

El uso de mojones, términos, signos, cercas o cualquier otra manifestación material establecida con fines de delimitación, ha caracterizado siempre la costumbre humana de hacer ostensible o que se considera que está en particular ámbito de poder, lo que objetiviza el señorío sobre el inmueble, cualquiera sea el título por el cual se ha llegado a poseerlo.

También cabe consignar que esos hitos adquieren mayor significación en el sentir de quien los hace evidentes, cuando se trata de limitaciones que enmarcan lotes ubicados en lugares de grandes extensiones, alejadas de los centros urbanos, aunque la figura que analizaremos con alguna brevedad no haga distinciones sobre la situación de los bienes, ya que tanto pueden ser rurales como urbanos.

El inciso expresa: "el que para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo".

En primera apreciación parecería que así descripta la acción que se sanciona, no tuviera ella carácter de consumación plena, por cuanto la segunda parte del inciso determina un obrar material injusto (destruir o alterar) y la primera indica La finalidad que el agente debe proponerse al exteriorizar aquella conducta, lo que al decir de Molinario(160)(282), se trata de "un delito de usurpación en perspectiva" pues el autor "ha

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

destruido o alterado Los términos PARA apoderarse de una fracción de su superficie", lo cual indica la existencia de una verdadera tentativa de usurpación.

La doctrina sostiene que el ataque mediante los medios descriptos, lo es a la posesión y no a la tenencia. Además siempre preside la intención del infractor, el apoderamiento del inmueble o una parte del mismo, como pauta de finalidad, pues, como dice Soler(161)(283), "si el sujeto activo destruye cercos para llevarse los materiales, cometerá hurto: si lo hace para perjudicar al propietario, cometerá daño". "Solamente cometerá, usurpación, si su acción responde al propósito de apoderarse del inmueble."

Prevalece entonces la idea de invasión que los medios enunciados preparan PARA lograrla en forma de desplazamiento de la posesión de otro. Pero debe recordarse lo que habíamos consignado, es decir, que con la sola destrucción, remoción o alteración de los signos limítrofes sin que se logre el apoderamiento, siendo éste el propósito perseguido, el delito se perfecciona.

Esto quiere decir igualmente, como lo sostiene Gómez(162)(284), que la infracción requiere lo que se denomina dolo específico o determinado, que tiende a lograr un fin especial: los actos descriptos son evidentemente característicos de la posesión, pues se asimila a los que con todo derecho, en forma idéntica, haría un verdadero poseedor.

El apoderamiento no significa tampoco que el delincuente obre con animus domini, sino que simplemente quiere valerse del inmueble, o sea, servirse del bien para su "goce efectivo y material".

Turbación de la posesión. Art. 181. Cód. Penal. último párrafo

El último párrafo del art. 181 C. P. se refiere a actos turbatorios de la posesión o tenencia de un inmueble, disposición que reconoce su actual redacción también por la modificación que al texto anterior introdujo la ley 17567.

La disposición modificada referente a este aspecto del delito reprimía con la misma penalidad (1 mes a 2 años) todas las manifestaciones criminosas contempladas en el art. 181 C. P., por lo que también esta última modalidad (turbación) reconocía ese término expiatorio.

La ley citada aumentó la prisión de 6 meses a 3 años para los actos de despojo y destrucción de signos o términos y mantuvo la misma sanción para la turbación, agregando además la tenencia como otro de los elementos susceptibles de ataque, que anteriormente no consideraba.

Dice así la norma aludida: "La pena será de 1 mes a 2 años cuando con violencias o amenazas, se turbare la posesión o tenencia de un inmueble".

La apreciación de esta forma de agredir la posesión o tenencia de un inmueble resulta un tanto complicada en cuanto se relaciona con el exacto significado del vocablo "turbar", no así con respecto a los medios que el delincuente utiliza para provocar la turbación, que como se ha

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

leído, son la violencia o las amenazas, forma esta última de violencia personal, según ya habíamos estimado, no existiendo mayores problemas para la interpretación.

En primer análisis, inferimos que el legislador ha querido la protección normativa, no solamente para los casos abiertos de despojo, que ya hemos tratado someramente, sino también para aquellos que considera como un grado menor de esa situación, entendiéndose en consecuencia que la turbación no alcanza a producir el hecho de "usurpación" plena, pero asume una entidad significativa con carga de dolo, suficiente como para que la ocupación que se ejerce, sea por vía de posesión o tenencia, quede en alguna medida interferida, y con ello el "goce material y efectivo de la cosa inmueble", según se ha adoptado este concepto como denominador común.

En consecuencia, turbación no es despojo pero como dice Soler(163)(285), La acción "debe orientarse en el sentido de turbar la posesión y no ya simplemente en el de molestar a la persona del poseedor". Se advierte la no mención de la tenencia, pues la ley modificatoria citada es posterior a la obra del maestro de Córdoba, quien sigue diciendo: "acciones turbatorias son, por lo tanto, aquellas que importan una limitación a los derechos inherentes a la posesión (y ahora también a la tenencia) sin que se traduzcan en la total privación constituida por el despojo".

Respecto a las amenazas, debemos recordar que es una forma de intimidar, la cual, necesariamente, debe contener influencia de idónea objetividad, capaz de lograr la turbación que la ley repudia. Por supuesto, es un modo de violencia dirigido a afectar el espíritu, que se suma a otras posibles exteriorizaciones, las cuales pueden ser también físicas y ejercidas sobre las cosas, pero siempre afectando todas el objeto de la posesión o tenencia.

La jurisprudencia ha aceptado la cita del art. 2469 Cód. Civil, que se refiere a la "turbación arbitraria", que se entiende ocurre cuando alguien pretende gravitar de "propia autoridad", o diciéndolo en términos comunes, "de prepotencia", con miras al corpus o sea la materialidad de la ocupación, ya se efectivice sobre el objeto de la posesión o de la tenencia, sin la exclusión de quien posee o tiene.

Por ello es que Rojas Pellerano y Rubianes(164)(286)expresan: "La conducta sancionada se presenta como una tentativa con referencia al inc. 1º del art. 181 C. P. (despojo) pues no requiere ya el despojo que implica desapoderamiento, sino que basta la "turbación", aun cuando se respete la posesión". "Resulta que el Código Penal admite como delito consumado, lo que es tentativa de otro."

Se trata entonces de principios de ejecución del despojo, que no adquieren la plenitud configurativa de lo que describe el inc. 1º del art. 181 C. P.